

【判例研究】

被告人による挑発的な行為後における急迫不正の  
侵害に対する正当防衛・過剰防衛の成否

津 田 重 憲

傷害致死被告事件、大阪高判平成二二年  
六月二二日第五刑事部、破棄自判・確定。  
判例タイムズ一〇六七号二七六頁

## 【事実の概要】

一 本件の事案は、以下のようのものであった。

① 「被告人は、平成一〇年七月一三日午後九時三〇分ころから、『パブリックパパハロウィン』店内のカウンター席中央の椅子に座って飲酒していた。同店内には、先客としてK（当時四九歳）がいたが、同人は、同日午後一〇時過ぎころ一旦同店を出て、翌一四日午前零時ころ再び同店に戻り、カウンター席の被告人の右側（同店の出入口から見て奥の方）にある木製椅子二脚を隔てた椅子に座ってビールを飲み始めた。なお、被告人は、本件以前から月に一度くらい同店にやって来る客であったが、Kとは、それまでに同店で一度顔を合わせたことがある程度の間柄であって、本件事件に至るまで両者の間に格別問題はなかった。」

② 「同店経営者Aは、Kが再度来店する直前に、氏名不詳者から、今から店に行くので、店を開けておいて欲しい旨の電話があったため、Kに対し、右の電話をかけたかどうか尋ねたところ、Kは、『かけた』『いや、かけていない。』などと答え、明確な返事をしなかった。

そこで、被告人も、Kに対し電話をかけたか否か尋ねたところ、Kは、前同様に答えた。被告人は、かようにKが電話をかけたと言ったかと思えば、またこれを否定するなど、言を左右にしていることや、被告人に向かって顎をしゃくり上げるなどしながら話すKの態度を見て、いらいらが募るとともに、小馬鹿にされたと感じて立腹し、『男だったら、はつきりせんかい。』などと大声で言いながら、自己の右隣の椅子（木製の背もたれがついた四本脚の椅子で、全体の重心がやや高い位置にある形態のもの）のシート部分を、右足の裏で、Kに向けて強く蹴り付けた。右行為によ

り、被告人とKとの間にあった二脚の椅子が、いわゆる将棋倒しのような状態で、Kの方に向かって倒れた。なお、この二脚の椅子のうち、K寄りの方の椅子が、Kの身体ないし同人の座っていた椅子に当たったか否かについては、証拠上必ずしも分明ではないが、少なくとも椅子に当たった蓋然性は高い状況であった。

Aは、右のように被告人が椅子を蹴り付ける前に、かなり酔って被告人にからんでいるKの様子を見て、Kをタクシーに乗せて帰宅させようとして、阪急タクシーに電話をかけていたが、椅子が倒れるのをカウンター越しに見て、椅子を起こすため、すぐにカウンター内から客席側に出て来ながら（あるいは、出て来て被告人の後ろ側を通るとき）、被告人に対し、大声で「(Kは) 酔っているから、相手にせんと帰り。」と言って、同店から出て行くように促した。それを聞いた被告人は、それ以上同店に止まる理由がなかったことでもあるので、Aの勧めに従って帰宅することとし、Kに対する不快感を抱いたまま、同店から出て行くこうとして、出入口の方に向かって歩いて行った。

なお、被告人は、椅子を蹴った直後、一旦カウンター正面の方に向き直っていたが、それから出入口の方へ歩き始め、本件事件の発生に至るまでの間、Kから格別反撃や反論を受けたことはなかったし、また、両者が向かい合って睨み合うというような場面もなかった。

被告人が、出入口のすぐ内側の土間用マットが敷いてあるところまで行った時、背後に迫ってくる人の気配を感じて振り向くと、Kが、身体をやや前屈みにした体勢で、肩の上辺りまで上げた左手拳を被告人に向けて力無く突き出してきた。そこで被告人は、身体を捻ってKの拳をかわしながら、左掌を強く突き出し、Kの顔面を突いたところ、Kは尻餅をつきながら後方に転倒し、頭部をレンガ製の床面（あるいは壁面と床面の両方）で強打した。

なお、Kが転倒した店内側の出入口付近は、狭隘な上に、飾り棚のように柱が突き出ており、また床も約七センチメートル高くなっている部分があって、長身のKが後ろ向きに倒れた場合、頭部などをかような床面に打ち付けるの

はもとより、壁面等に打ち付けてから床面に打ち付けることも十分にあり得るような状況であつた。また、床面、壁面ともに、レンガ製で固かつた。」

③ 「その後被告人は、倒れたKを助け起こすこともなく、再びカウンター席に戻つた。他方、Kは、Aに助け起こされ、同人に見送られながら、翌一四日午前零時二〇分ころ、Aが呼んだタクシーがやって来たので、それに乗り込んで帰宅した。その後Kは、Aに電話をかけてきて、店での出来事について謝つたが、被告人とは決着を付けるなどと言つてゐた。

なお、前記のとおりKが再び来店してから本件事件の発生に至るまでの時間は、約一〇分間くらいであり、なかなく、被告人が椅子を蹴り付けてからKを突き倒すに至るまでの経過は、時間的、場所的に一連のものであつて、その間は短時間であつた。」

④ 「同日午前三時三〇分ころ、Kが、姉方に電話をかけ、『頭が痛いから病院へ行きたい、飲み屋でトラブルが起つて、殴られてガンガンされた。』などと言つたので、義兄がKを吹田市民病院に連れて行つて、同日午前四時四〇分ころ、同病院で診察を受けさせた。しかし、診察に当たつた医師は、Kの意識が清明で、むかつきや吐き気を訴えていなかったことなどから、同人を帰宅させた。しかし、同日昼過ぎころ、Kは、頭痛が軽減せず、吐き気を催したため、同病院で再度診察を受けたが、その際には、ふらつきが強く、車椅子を要する状態であつたため、そのまま同病院に入院し、同月三十一日死亡した。」

⑤ 「Kは、右の入院をするまでの間に、『七月月よう一三日 ハロウィンでなぐられる 頭いたい 変になつたら上の店の客に 上の店のママが見てた』などと記載したメモ紙片及び『七月一三日夜 スナック ハロウィンにて犬(太) った男になぐられ おしたおされた ママが一部始終を見てた』などと記載したメモ紙片をそれぞれ書き

残している。

Kの死体解剖の結果、Kの死因は、硬膜下血腫を伴う左前頭葉脳挫傷で、その原因は、後頭部を打撲したことにによる対側損傷によるものであることが判明した。また、同じく解剖の結果、Kの頭部には、頭頂部付近に径約四センチメートルの陥凹部、後頭部に二・五センチメートル×五センチメートル大の皮下出血、『く』の字状や『V』型状の皮下出血を伴う打撲痕、及び三・三センチメートル×一・五センチメートルの皮下出血を伴う打撲痕、右側頭上部に径四センチメートル大の皮下出血などがあることが判明した」という、傷害致死被告事件である。

二 右の公訴事実に対して、大阪地方裁判所（平成十一年三月三十一日判決）は、「被告人は、Kに殴り掛かれるという急迫不正の侵害を受けたため、とっさにKの方へ手を出し、Kの顔面に当たるといふ暴行を加えたが、被告人の右暴行は、急迫不正の侵害を受けたことに対する防衛の意思でなされたものであり、かつ、防衛行為としての相当性を有するものである」として、正当防衛の成立を認め、被告人に無罪の判決を言い渡したものである。

三 これに対して、検察官から控訴の申立てがなされ、その控訴趣意において、次のように述べた。曰く。「Kが被告人に殴り掛かろうとした事実はなく、仮にKが被告人に殴り掛かろうとしたものであったとしても、被告人は、急迫不正の侵害を受けたとはいえず、かつ、被告人の行為は、防衛の意思及び防衛行為としての相当性を欠いているから、正当防衛には当たらないのに、正当防衛が成立するとして被告人に無罪を言い渡した原判決は、正当防衛の前提となる事実を誤認し、ひいては、刑法三六条一項の解釈、適用を誤（誤）ったものであり、その謝（誤）りが判決に影響を及ぼすことは明らかである」と。

この検察官による控訴趣意を承けて、大阪高等裁判所は、以下、次のように判断した。

## 〔判旨〕

一 本件の判旨は、多少長い引用になるが以下の通りである。

一 「被告人が前記のように侮辱的な言辞とともに椅子を蹴り付けた行為が、通常、他人を立腹させるのに十分な行為であることに照らせば、被告人が、いくらKはその瘦せた体つきや、大人しそうな人柄から、とても反撃してくるような人物には見えなかった旨供述しているとはいえ、Kに向けて椅子を蹴り付けた時点においては、Kが右行為に對し何らかの反撃をしてくるかも知れないと認識したとしても、何ら不自然ではなかったものと推認される。（なお、被告人は、捜査段階から当審公判に至るまで、ほぼ一貫して、『椅子がKやKの座っている椅子に当たったかどうかは見えない』『Kが反撃してくることはないと思っていた』旨供述しているが、前者の供述からは、被告人は、蹴り付けた椅子がKないしKの座っている椅子に当たらないようにと特に配慮することなく、当たってもかまわないと思いつながら蹴り付けたことが推認されるし、後者の供述は、椅子を蹴り付けた時点に関する限り、措信し難いというべきである。）」

二 「しかし、右の椅子を蹴り付けたことを含むその前後の状況としては、被告人とKとの間には、本件事件に至るまで遺恨、因縁などはなかったこと、被告人は、Kに對し、その身体を殴打するなど直接の攻撃を仕掛けることはせず、自己の隣にあった椅子を蹴り付けてうつ憤ないし立腹を晴らすという間接的な、かつ、一回限りの攻撃を加えるに止まっていること、その後、被告人はすぐにカウンターの方に向き直ったが、その際には、Kが何ら反撃、反論をしてこなかったし、また、Kとの間で睨み合ふといったいわば一触即発の緊迫した状況には至らなかったことなどが

認められるから、これらの状況に照らすと、被告人がKに向けて椅子を蹴り付けた行為が、所論の主張するような積極的な挑発行為であり、これにより両名の間に喧嘩闘争状態が出現したとまでは認められない。

椅子を蹴り付けたことによつて被告人とKとの間に喧嘩闘争状態が出現したとまでは認められないところ、その後、被告人は、Kを相手にしないで帰宅するように進めるAの言葉を受け入れて、店から出て行くことと決意し、出入口の方に向かつて歩いて行つたことが認められるから、更には、前記のとおり、被告人が、Kはその瘦せた体つきや、大人しそうな人柄から、とても反撃してくるような人物には見えなかつた旨供述していることを併せて考察すると、被告人が退店を決意して出入口の方に歩いて行つた時点以降については、Kが反撃してくることは予期していなかつた旨の被告人の弁解を無下に排斥することはできないというべきである。そして、この判断は、右のように被告人が退店しようとしていたことなどの事実関係に照らすと、被告人が椅子を蹴り付けてからKを突き倒すに至るまでの経過が、時間的、場所的に一連のものであつたことによつても変わらないことができる。そうすると、右時点以降においては、被告人がKの反撃を予期していたとは認められず、かつ、その反撃を予期することが可能であつたと断定できない。

以上の次第で、原判決には、被告人がKに向けて椅子を蹴り付けたときの椅子の倒れ方や、その時点におけるKによる反撃に関する被告人の認識などについて若干の事実誤認があるものの、原判決が、被告人が、ハロウィンの出入口付近でKの顔を左掌で突く暴行を加えた時点において、被告人とKとが喧嘩闘争状態にあつたとは認定せず、被告人はKが追い掛けてきて反撃することは予期していなかつたと認定した、その結論に誤りはない。」。

三 「所論のとおり、Kは、身長こそ約一七七センチメートルあつたものの、胃を殆ど摘出していたため、体重が約四八・四キログラムしかなかったに對し、被告人は、身長約一六五センチメートル、体重約八七キログラムのがつし

りした体格で、柔道五段位を有していて、体格及び攻撃防衛能力の点において、Kをはるかに凌いでおり、しかも、被告人はそのことを十分認識していたと認められる。加えて被告人は、前記のようなKの話し方などからして、また、『(Kは)酔っているから、相手にせんと帰り。』というAの言葉を聞き入れて退店しようとしたのであるから、そのことからしても、事件当時、Kがかなり酩酊していたことを十分認識していたと認められる。

Kは、やや前屈みの体勢で、左腕を曲げて拳を肩の上辺りに上げ、その拳を力無く前方に突き出してきたのであるから、その攻撃は弱いものであったと認められ、実際、被告人は、身体を捻って、Kが突き出してきた手拳を、耳許をかすめる程度の距離で容易に回避したと認められる。

実況見分調書の記載等に照らすと、現場であるハロウィン店内の出入口付近は、レンガ製の壁面や床面に囲まれた狭隘な場所であつて、長身のKが後ろ向きに転倒すれば、壁面や床面に頭部等を打ち付ける危険性が高かったことが認められ、更には、被告人が本件以前から同店の客であつたことを併せると、被告人が、右のような現場の状況を認識していたことも優に認められる。

四 「左拳でKの顔面を狙つて突いた際、被告人には、Kの攻撃を避けるというだけでなく、立腹の余りKに対し反撃を加えるという意思もあつたと認められるところ、進んで、右反撃の強さについてみるに、被告人に突かれたKは、その場で尻餅をついただけでなく、更に後方に転倒して頭部をレンガ製の床面などに強く打ち付けたこと、そのため、Kの頭部には、後頭部の広範囲にわたつて数箇所に及ぶ陥凹部及び打撲、擦過傷が生じており、しかもその打撲は、対側損傷として左前頭葉脳挫傷を引き起こすものであつたこと、Kは、本件被害に遭つた後、前記のとおり、被告人に『殴られ 押し倒された』旨などのメモを書き残しており、更に、入院中に見舞いに來た姉に、『太った男(被告人)に殴られてがんがんやられた』旨繰り返し述べるなど、あえて虚偽の事実を述べるとは思えない時期と状況の下で、K



としては、被告人から強く殴打されたり、押し倒されたと思っていたことを窺わせる言動をしていたことなどが認められる。そこで、右のようなKの転倒および受傷の状況、Kの死亡する前の言動並びにKを突いた際における前記3で認定した被告人の心情等に照らすと、被告人は、Kをかなり強く突き倒したことが認められる。被告人の捜査段階並びに原審及び当審公判における供述中、右認定に反する部分は、右に摘示した状況等に照らして信用することができない。」。

五 「そうすると、前記のようなレンガ製の壁面や床面に囲まれた狭隘な場所、至近距離から、酩酊している相手方の顔を狙って左掌を強く突き出す行為は、それにより相手方を転倒させ、その頭部等を囲い顔面や床面に打ち付けさせて負傷させる危険性の高い行為であることが明らかであり、しかも、被告人は、前記のとおり、Kに比べ、体格及び攻撃防衛能力において格段に勝っていた上、被告人がKから受けた攻撃は弱いものであったから、これを容易に回避することができたのに、手加減を加えることもなく、同人をかなり強く突き倒したものである。したがって、被告人の右行為は、防衛行為としての相当性を欠いていることが明らかというべきである。なお、本件においては、前記説示のとおり、被告人がすでに退店しようとしていた際に起こった事件であるという特段の経緯、事情があることなどから、急迫性などの正当防衛状況がなかったとまでは断定できないとしても、被告人を殴打しようとしたKの行為が、これより先に被告人がKに向けて椅子を蹴り付けた行為により誘発されたものであることは動かし難い事実であるから、被告人の反撃について、防衛行為としての相当性の有無を判断するに当たっては、本件事案を全体として見た上での保護法益の均衡という視点から、右のような誘発行為の存しない場合に比し、相当性が認められる範囲がより限定されるものと考えられるので、そのことをも勘案すると、右の結論は、より一層肯定されるというべきである。」。

ここにおいて、結局、大阪高等裁判所は、被告人に対して、侵害の急迫性を肯定し、さらに防衛の意思の存在も是

認したものの、防衛行為における「相当性」を欠くものであるとして、過剰防衛の成立を認め、原判決を破棄して自判し、被告人を懲役二年六月に処し、三年間の執行猶予を付したものであり、この判決は確定した。

## 〔研究〕

### 一 本判決の意義

本判決が、防衛行為における「相当性」の逸脱を是認し、過剰防衛の成立を認定したことに疑義が存し、むしろ本件は、原判決にいうように、正当防衛の成立が認められるものではなかったろうか。もともと、本判決は、①喧嘩と正当防衛、②自招侵害に対する正当防衛、③防衛の意思の成否、④防衛行為の「相当性」などに関して詳細に検討を加えており、その意味では、正当防衛・過剰防衛に関する模範的な判決文であると評しうる。以下、本判決の判旨に沿いつつ、各論点について研究してみることとする。

### 二 「喧嘩と正当防衛」について<sup>(1)</sup>

一 本件は、「喧嘩と正当防衛」に関する典型的な事案であるため、まず第一に、この点から検討を加える。そもそも、「喧嘩」の場合において、闘争者間に正当防衛が成立するかどうかが問題となるが、わが国の判例は、この場合、正当防衛の成立を認めることには極めて消極的である。<sup>(2)</sup> 大審院時代は、「喧嘩闘争の際に仲間が危険に瀕したため相手方に加えた暴行は防衛上の必要に出たものではない」<sup>(三)</sup>（大判大正四・三五四）し、「双方互いに攻撃の態度に出て相格闘した結果創

傷を加えたときは、正当防衛に当たらない」(大判大一一五・四・三〇)、「闘争の目的で凶器を携え争闘の場所に臨んだ以上、相手が先に手を出しても相手に対する加害行為は正当防衛ではない」(大判昭五・二・二二)、「初めから闘争をなす意思で闘争をはじめた以上、その途中において危険に瀕しても、急迫不正の侵害に当たらない」(大判昭五・九・二二)とするほか、特に、昭和七年の大審院判決において、「喧嘩と正当防衛」の場合には、いわゆる「喧嘩而成敗」の法理を前面に押し出すことによって、少なくとも、喧嘩闘争については、正当防衛の成立する余地は存在しないことを宣言した(大判昭七・一一・二二)。こうした姿勢は、最高裁に至っても堅持され、例えば、最判昭二三・六・二二集一一・七・六九四、最(大)判昭二三・七・七集二・八・七九三などが挙げられる。

もともと、最高裁においては、たとい喧嘩闘争の場合でも、そのときの状況によつては正当防衛の觀念を容れる余地があることを示唆する方向へと転じ、最判昭三二・一・二二集一一・一・三一においては、明確に正当防衛の成立の余地があることを宣言した。ただし、これらの最高裁の姿勢は、専ら、「喧嘩と正当防衛」の場合には、觀念論の立場からその成否を問擬する状況であつたが、正当防衛の要件論からその成否を論じる方向へと転じてきた。すなわち、「喧嘩と正当防衛」の場合には、具体的事案ごとに、正当防衛あるいは過剰防衛の要件を具備しているか否かによつて、その成否を判断する姿勢である。こうした動きは、特に下級審判例において顕著であり、「急迫性の問題であるとするもの」(東京高判昭二六・五・一)(八高検連判昭二六・五・一)、(広島高判昭五八・一・二二)、「防衛行為そのものを問擬したもの」(東京高判昭二二・五・二二)(八高検連判昭二二・五・二二)など、正当防衛の成立要件を吟味したうえでその成否を問う立場へと変更してきたのである。もともと、「喧嘩と正当防衛」の場合には、「闘争者双方が攻撃および防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為である」(最判昭三三・六・二二)ため、「行為全般の状況からみて対抗行為それ自体が違法性を帯び正当な防衛行為と認めにくい場合が多い」(大判昭二二・三・二二)ことは否定しえず、こうした場合には、「むしろ、防衛意思がない、あるいは防衛のための行為が

ないとするべきである」(前原捷一郎・判夕六九九号二二三頁)とする指摘もある。

二 一方、「喧嘩と正当防衛」の場合、学説はどのように捉えているか。学説は、判例が「喧嘩と正当防衛」の場合に、正当防衛・過剰防衛の成立を消極的に把握していたことに關しては、従来から批判的であつた。<sup>(3)</sup>すなわち、判例の従来の姿勢そのものについて批判することはもとより(荻野・前掲書三七頁太谷實「刑法」(裁判書第四版)二九九四年二七三頁)、喧嘩の場合には、正当防衛の成立要件の中で、いずれの要件が欠如するか否かという問題の提起である(相内信「喧嘩と正当防衛」法学教室二二二頁)。そして、現在では、自招侵害に対する正当防衛や挑発行為と正当防衛という問題とも関連させて、この種のテーマに対する論議が、一層複雑な様相を呈してきた(この点については、津田重慈「正当防衛」(この研究)二九八五年一八五頁以下)。この場合、「権利濫用説」の立場から解決する立場<sup>(4)</sup>(吉田實之「違法性の本質と行為無価値」二九九年二六六頁)や、「原因において不正な行為の理論」<sup>(5)</sup>(大嶋三泰「挑発行為と正当防衛」(福大法学論叢)一七巻四号)を導入することによって解決しようとする立場のように、正当防衛の観念論から捉える考え方がある一方、「急迫性を否定する立場」(平野龍一「刑法総論」二二、三三頁を以て)、<sup>(6)</sup>「防衛の意思否定説」(國澤重光「刑法總論第三版」一九九〇年二三八頁)、<sup>(7)</sup>「相当性否定説」(木村重二「犯罪論の概論」二九六六年二五五頁)、<sup>(8)</sup>「相当性否定説」(佐伯千鶴「刑法講義」(総論)二九八四年二〇三頁)、<sup>(9)</sup>「社会的相当性説」(大谷・前掲)など、正当防衛の要件論から捉える考え方が対立している。私見によれば、観念論からの把握がまず第一に前提とされ、そこから要件論へと移る手法を採用する立場を採るが、「喧嘩と正当防衛」の場合には、まず観念論からその成否を論じ、そこから要件論へ移行すべきであろう。とすれば、この場合は、法益侵害が間近に迫っているという客観的な観点から考察したうえで「急迫性」の存否を判断したあと、防衛意思を確認し、そこから防衛行為の「必要性」と「相当性」を総合的に判断する「総合的違法評価説」の立場から、それぞれの事案を解決するべきであろう<sup>(7)</sup>。

(津田重慈「緊急救助の罪」(判夕二九四年七三頁)。

三 そこで、本件判示によれば、原判決と本判決は、「被告人がKに向けて椅子を蹴り付けたときの椅子の倒れ方や、その時点におけるKによる反撃に関する被告人の認識などについて若干の事実誤認があるものの、(原判決が)、被告

人が、ハロウインの出入口付近でKの顔を左掌で突く暴行を加えた時点において、被告人とKとが喧嘩闘争状態にあったとは認定せず、被告人はKが追いかけてきて反撃することは予期していなかったと認定した。その結論に誤りはない」として、「急迫性」は存在していたことを認めている。

さらに、自招侵害であるから、侵害の急迫性の要件を充たさないのではないかとする検察官の控訴趣意に対しては、判示は、「…Kの行為は、被告人から、侮辱的言辞と共に椅子を蹴り付けられたことに誘発されたものであることが明らかであるとはいえ、…ハロウインの店内出入口付近でKの顔を左掌で突いた時点においては、被告人が、Kから反撃を受けることを予期していたこと、あるいは予期することができたことを確認することができない」として、自招侵害であるため、「急迫性」は存在しなかったのではないかという検察官の所論を斥けた。この点では、原判決および本判決の判断は妥当なものであったものと評しうる。<sup>(8)</sup>

### 三 「防衛の意思」について

一 検察官の控訴趣意によれば、被告人はKの言動に立腹して椅子を蹴り付けた後も立腹が収まらず「こんな奴に殴られてたまるか」という思いに駆られて更に立腹し、…被告人は、Kの攻撃を防ぐ意図からではなく、立腹の余り積極的にKに反撃を加える意図で本件犯行に及んだものであるから、…被告人に「防衛の意思」は存在していなかったのではないかと主張している。この点につき、原判決と本判決は、被告人に「防衛の意思」が存在していたと認定しているため、この点につき検討を加える。

二 そもそも、正当防衛が成立するためには、防衛行為における「防衛意思」が必要であるとするのが通説・判例<sup>(9)(10)</sup>

である。ただし、増悪や憤激あるいは攻撃意思が存在する場合においても、なお防衛意思として評価できるか否かが問題となるが、この場合に、判例は二つの立場に分かれる。第一は、増悪・憤激・攻撃意思があったとしても、なお正当防衛・過剰防衛の成立を認めるもの、第二に、その場合には、防衛行為として認めないものである。<sup>(11)</sup> 第一の例として、判例は、「被告人が：増悪の念を持ち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められない限り、被告人の反撃行為は防衛の意思をもってなされたものと認めるのが相当である」<sup>(六集二五・八・九六九)</sup>としたほか、下級審においても、大阪高判昭五三・三・八判夕三六九・四四〇、浦和地判昭六一・六・一〇判時一九九・一六〇、東京高判昭六二・一・一九判夕六五〇・二五二、富山地判平一一・一一・二五判夕一〇五〇・二七八などが挙げられる、もつとも、これらの判例は、積極加害の意思の存否が問題となり、同時に、侵害急迫性と防衛意思の存在が肯定されたものであるため侵害の急迫性を是認したうえで、防衛意思の存否を判断する姿勢といえる。<sup>(12)</sup> 第二の例としては、防衛意思不存在であると認定したものであり、最決昭三三・二・二四刑集二二・二・二九七は、「被告人の本件行為は被害者の急迫不正の侵害に対する自己の権利防衛のためにしたものでなく、むしろ右暴行により日頃の忿懣を爆発させ憤激の余り咄嗟に右被害者を殺害せんことを決意してなしたものであり、その措置も已むを得ざるに出たものとは認められない」としたほか、下級審として、東京高判昭四五・一一・二四東時二二・一一・四〇五、東京高判昭四五・五・一二東時二一・五・一八〇、東京高判昭六一・四・二四判夕六三〇・二三二、福岡高判平一三・六・一判夕一三四・三・三三などが挙げられる。この中で、福岡高判平一三・六・一四判夕一一三四・三・三七は、「…被告人は、Aらの攻撃を受けることを予期しながら、予め隠し持っていた刃物を用いて積極的に攻撃を加えたものであって、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、加害の意図を有していたものと認められるので、急迫不正の侵害があったとはいえず」<sup>(13)</sup>としている。

三 いずれにしても、判例は、急迫不正の侵害に対する反撃行為について、その反撃行為が専らまたは主として攻撃のためのものと評価され、積極的な反撃の意思が認められる場合には防衛の意思の存在を否定するが、その程度に至らないものについては、防衛のための行為であると評価され、防衛意思に欠けるものではないとされている（（昭和四十二年三月二日最高裁判所第一分科判決））。

しかし、ここで、「防衛の意思」の問題に関しては、その中身について争いがある。それは、防衛の意思とは、防衛の「意図・動機・目的」が必要なのか、それとも、防衛の「認識」で足りるのかという問題である。<sup>(14)</sup>判例は、「急迫不正の侵害に対する自己の権利防衛のためにしたものでなく、むしろ右暴行により日頃の忿懣を爆発させ憤激の余り咄嗟に右Bを殺害せんことを決意したものである」（（昭和四十二年三月二日最高裁判所第一分科判決））と判示し、防衛の意図・動機による防衛意思の欠如を認め、さらに、「防衛行為は、防衛の意思をもってなされることを要するが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して攻撃を加えたからといって、直ちに防衛の意思を欠くものではない」（（昭和四十二年三月二日最高裁判所第一分科判決））とする。このようにして、防衛意思はその意図・動機・目的から、防衛の認識で足りるとする考え方に移行してきたものとされる（（昭和四十二年三月二日最高裁判所第一分科判決））。しかし、私見によれば、たとい防衛意思という主観的正当化要素の内容が、急迫不正の侵害に対応する防衛の意思、すなわち、防衛の意図・動機であろうと、あるいは、その認識であろうと、まず初めに防衛の意図・動機・目的が存在するからこそ、その意思が確認できるものであろう（（津田・正当防衛の研究））。とすれば、たとい「喧嘩」といえども、防衛するため<sup>(15)</sup>の意思（（意図・動機・目的））が存在しなければ、それはもはや初めから正当防衛や過剰防衛状況そのものが存在しなかったことになる。すなわち、正当防衛状況、過剰防衛状況そのものが存在しなかったということであり、その意味において、「喧嘩と正当防衛」の場合、「防衛意思」の存否から、その成立要件を問擬することは、一面の真理を衡していることになる。そして、そこから、防衛行為の「必要性」と「相当性」の要件が吟味されることになる。<sup>(16)</sup>

四 一方、学説は、「防衛意思」必要説が通説となっているが、違法性を客観的に捉える立場からは、違法性は法益

の侵害または危険であつて、客観的に捉えるべきであり、これに対して、責任は行為者に対する非難であり、主観的に捉えるべきであり、違法阻却事由に主観的なものを考慮すべきではなく、「防衛意思」は必要でないとする見解も有力である。<sup>(17)</sup>

(17) 平野、前掲書二四二頁、内藤、前掲書二四二頁、徳之内克彦、「専断法学会誌」六卷二二〇頁（一九八〇年二月九頁）、前田、雅英、「刑法総論講義」二〇〇頁（一九八〇年二月九頁）。しかし、違法性は単に結果を客観的にみるだけでなく、行為の違法をも併せて考えるべきであるとする立場からは、行為者の主観面も無視しえず、主観的正当化要素としての

「防衛意思」は必要であるとしなければならない。（木村竜二「阿部純二「刑法総論」増補版（一九八一年）一六二頁、大塚仁「刑法概説（総論）」（一九八一年）三六頁）。

五 「防衛の意思」に関して、本判示は、原判決の認定した「防衛の意思」の存在について、「…行為者に、相手方の攻撃に対応してその侵害を排除するという意思がある限り、たとえ行為者が攻撃的な意思を有していても、防衛の意思はこれと併存しうるものと解せられる。換言すれば、行為者が、相手方の侵害とは無関係に、侵害を加えられた挑発を利用して専ら攻撃するものではなく、権利を防衛するためという意思が、反撃行為をした理由の一つになっていると認められる場合には、防衛の意思があつたというべきである」<sup>(18)</sup>と述べ、被告人に防衛の意思が存在していたとする。これは、従来の判例の姿勢に忠実に従つたものといえ、また、学説の考え方とも一致しており、妥当な判断であつたものといえる。

### 三 防衛行為の「相当性」について

一 本件判示によれば、「被告人の行為は、防衛行為としての相当性の程度を超えた過剰防衛である」ため、有罪の判決が下されたが、原判決は、逆に、防衛行為としての「相当性」を肯定し被告人を無罪としている。つまり、被告人は、一にかかつて、防衛行為の「相当性」の判断について明暗が分かれたことになる。しかも、結果が重大であつ



たことも大いに判決の結論に影響を与えている。そこで、ここでは、防衛行為の「相当性」について検討してみる。<sup>(19)</sup>

二 刑法三六条一項にいう「やむを得ずにした行為」という法文に該当するためには、防衛行為における「必要性」のほか

に、「相当性」が必要とされており、これは、通説・判例の立場である。<sup>(20)</sup>（学説としては、藤木英雄「刑法論要綱」二九七年七〇頁、大嶋「刑法総論講義」第一四三・一〇・八三頁など）。そして、防衛行為の「相当性」というのは、①法益の相対的均衡性と、②防衛手段の相当性として理解

されており、①は、保全しようとする権利ないし法益と、防衛行為によって害される侵害者側との比較衡量、②は、防衛

行為自体の態様の相当性を総合して判断する必要性を意味するとされている。<sup>(21)</sup>（前田・前掲書、四四頁、藤木）。ただ、わが国の学説

によれば、「相当性」というのは、法益間の「相当性」を意味する立場も有力である。<sup>(22)</sup>（齊藤「正当防衛権の根拠と展開」二九〇年五五頁、

しかし、私見によれば、防衛行為における「相当性」とは、「法益の大小、侵害行為および侵害者の性質、手段、方法

および防衛行為者の性質など諸般の事情を考慮して、社会、一般的見地において相当とせられるか否かに従って決定

すべき」<sup>(23)</sup>（木村「阿部・前掲書」二六二頁）ものであり、手段の相当性と法益間の相当性の両者を含むものと解している。<sup>(24)</sup>（津田・緊急救助

三 一方、判例は、「相当性」について、どのような姿勢にあるか。ここでは、「結果の重大性」をも含めて考察してみ

る。この点についての指導的な判例としては、「…反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものである

ことを意味するのであって、…その反撃行為により生じた結果が偶々侵害されようとした法益よりも大であっても、そ

の反撃行為が正当防衛でなくなるものではない」<sup>(25)</sup>（最判昭四四・二・四刑）とするのが挙げられる。下級審としては、「受けた傷

害の程度に比べ相手方に与えた傷害の方が大であっても、それだけでは相当性を失うものではない」<sup>(26)</sup>（刑裁特報五・二〇・四三）

とし、「駅ホームで、酔漢の相手から執拗に絡まれた末、コート襟のあたりを掴まれた被告人（女性）が、これを

避けようとして相手の体を突いたところ、相手がホームから線路に転落し、折から進入してきた電車の車体とホーム

とに挟まれて死亡した事実」<sup>(27)</sup>（下判昭二五・六・三三）について、正当防衛の成立を是認している。このほかに、本件の事実と

同じような傷害致死被告事件としては、正当防衛の成立を認めたものとして、浦和地判昭六一・六・一〇判時一一九  
九・一六〇、大阪高判昭六二・一・二七判時一二二八・一四一、前橋地判昭六一・一一・四判夕六五八・二三三、福岡  
高判昭六三・一一・三〇判夕六八五・二六五などが挙げられる。

これらの事例は、いずれも防衛行為の「相当性」を是認し、しかも、死亡という重大な結果が発生したにもかかわらず、正当防衛の成立を認めたものである。ということは、防衛行為の「相当性」というのは、重大な結果が発生しても、そのことから直ちに「相当性」が否定されるものではないということの意味する<sup>(20)</sup>。

ところで、東京地八王子支判昭六二・九・一八判時一二五六・一二〇が、やや特異なケースとして挙げられる。その事案は、以下のようなものであった。「被告人が因縁をつけられ、一回殴打され、さらに危害を加えられる態勢を示されたため、被害者の胸部付近を右手拳で力一杯突き飛ばす暴行を加えて、橋詰の路上から約四〇メートル下の河川敷に転落させて死亡させた」事案であった。この事案に対して、東京地裁八王子支判は、防衛行為の「相当性」を超えるものとして過剰防衛を認めているが、しかし、これは、防衛行為の「相当性」について、狭義の反撃行為だけでなく、その結果をも含めた全体について判断し、重大な法益侵害が生じていれば、正当防衛の範囲を超えていたと判断したことになる。もっとも、先の東京地八王子支判のケースは、結果の重大性というよりは、むしろ反撃行為そのものが「相当性」を超えていたものとみられ、実務の立場からは、予想もしない重大な結果が発生しても、防衛行為としての「相当性」は、それだけで否定されるものではないという姿勢にある<sup>(21)</sup>。

こうした点を示した判例としては、高松高判昭三三・九・二九裁特五・一〇四二三、東京高判昭三六・九・一八東  
時一二・九・一六三、東京高判昭四六・一二・二四東時二二・一二・三五一、大分地判昭三四・五・一一下刑集一・  
五・一二二一、東京地判昭四二・七・二七下刑集九・七・九一九などが挙げられる<sup>(21)</sup>。

四 なお、結果の重大性をも含めた防衛行為の「相当性」について、学説上争いがあるため、最後に、この点について検討してみる。

藤木博士によれば、「相当性」における法益の相対的均衡性の要件につき、「防衛行為によって現実に害された法益と防衛しようとする法益を比較して判断すべきものではなく、防衛者が侵害排除のため加害行為によって本来ならば害されるはずであった法益との比較」(藤木・前掲書(一六九頁))によって判断すべきであるとする。このことは、軽微な侵害行為しか行なわなかったにもかかわらず、重大な結果が発生した場合に、侵害「行為」を基準に判断するべきであらうということを意味する(前田雅英・法学教室三七七(一九九五年四月七頁))。しかし、こうした考え方は、「現に生じた結果との衡量」を行なわず、行為の推定された危険性のみの比較衡量によって相当性を判断することになり、これは失当であらう(前田・法学教室(二二七頁四月七頁))。また、「防衛行為の相当性を判断するには、結果の大小を考慮に入れなければならない」(林幹人・刑法判例百選一(総論部 第四版五四頁))。そのことは、「当該結果を生ぜしめた行為を正当化しうるか否かの判断なのであり、行為それ自体の反規範性の評価を行なうわけでなく、いかに軽微な手段を用いても、財物を守るために相手を殺害してしまった場合には、過剰防衛と評価される場合が多いと思われる」(前田・法学教室(七四八頁))とする指摘は、一応首肯しうるものである。ただし、「結果の大小を考慮に入れる」という面をあまりにも強調しすぎると、例えば、急迫不正の侵害を受けたときに相應の行為を執ったところ、誤って致死傷の結果を招来した場合に、「結果の大小」に判断が委ねられるとすれば、防衛行為者にとつては、苛酷な結果を負わせることにもなりかねない。さらに、「行為の危険性の考慮」も、より結果発生確率の低い手段を選ばせるということになれば、それは、緊急状況下の咄嗟の反撃行為にしばらくをかけてしまふ危険性が生じてくる(津田重憲「近頃判例に現れた『緊急救助』における『相当性』について」『東亜法学論叢』第三号(一九九八年五月八五頁))。この点を指摘した、下級審の判例として、大阪高判昭四二・三・三〇下刑集九・三・二二〇は、「防衛行為は無制限に許容されるわけではなく、客観的にみて通常人の合理的な判断により過正妥当として容認されるものでなければなら

ない。その標準は侵害者の攻撃の程度並びに執拗性と防衛者の行使する方法とによって決められるべきものであって、侵害と防衛との程度がその時の具体的状況に照らして均衡のとれたものでなければならぬ」とする。ここから、たとい、侵害の排除に必要ではあつても、いかなる法益侵害行為でも許容されるとする考え方は、排除されねばならず、防衛行為における「相当性」の一部を構成する「結果の重大性」や「重大な結果」という要素は、それが予期・予想もされない場合には、「相当性」は否定されるとはなく、それがたとい予期・予想されていたとしても、行為自体の程度・態様・意図という「危険性」（反撃行為）と「重大な結果」（結果の大小）を総合的に判断すべきものであろう。こゝうした考え方を、私は「総合判断説」と称している。<sup>(22)</sup>

五　そこで、本件判示における「相当性」について、それを逸脱していたという判断に関して吟味してみる。判示は、「…レンガ製の壁面や床面に囲まれた狭隘な場所、至近距離から、酩酊している相手方の顔面を狙つて左掌を強く突き出す行為は、それにより相手方を転倒させ、その頭部等を囲い顔面や床面に打ち付けさせて負傷させる危険性の高い行為であることが明らかであり、…しかも被告人は、…Kに比べ、体格及び攻撃防衛能力において格段に勝つていた上、被告人がKから受けた攻撃は弱いものであつたから、これを容易に回避することができたのに、手加減を加えることもなく、同人をかなり強く突き倒したものである。したがつて、被告人の右行為は、防衛行為としての相当性を欠いていることが明らかというべきである」とした。

さらに、「…被告人の反撃について、防衛行為としての相当性の有無を判断するに当たつては、本件事案を全体としてみた上での保護法益の均衡という視点から、右のような誘発行為の存しない場合に比し、相当性が認められる範囲がより限定されるものと考えられる」としたうえで、さらに、傍論ではあるが、「…被害者を死に至らしめたその結果は重大であり…」と述べている。

本件判示によれば、正当防衛における「急迫性」の存在を是認し、「防衛意思」の存在も是認したうえで、ただ、防衛行為の「相当性」の点でそれを逸脱し、しかも、結果の重大性をも考慮に入れている<sup>(22)</sup>。しかし、この判断は、これまで検討してきたように、防衛行為の「相当性」の判断において、従来の判例の姿勢とは若干異なった立場であるうえ、「重大な結果」に關しても、十二分の考察がなされていない憾みが残る。従つて、本件は、原判決が判断したように、「防衛行為の相当性」を肯定し、正当防衛の成立が是認されるものではなかつたろうか。<sup>(23)</sup>

(1) 「喧嘩と正当防衛」に關して、古くは、木村亀二「喧嘩と正当防衛」『刑法の基本問題』(一九七九年)一四九頁以下があり、近くは、橋爪隆「正当防衛論の再構成(二)」(二)『法学協会雑誌第一二五卷九号(一九九八年)一一五頁以下、同一二六卷四号(一九九九年)一一六頁以下が挙げられる。

(2) この点につき、堀籠幸男・中山隆夫「正当防衛」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二卷』(一九九八年)三七〇頁以下を参照。なお、莊子邦雄「正当防衛」『総合判例研究叢書刑法(1)』(一九五五年)一四二頁以下、一七三頁以下。

(3) 例えば、大谷實「刑法総論講義第四版」(一九九四年)二七二頁

(4) 牧野英一『日本刑法上卷重訂版』(一九三七年)三五四頁、内藤謙「刑法講義総論(上)」(一九八三年)三三六頁以下、三原憲三「刑法総論講義第二版」(一九九三年)一三三頁など。

(5) 中野次雄「刑法総論概要(第三版)」(一九九二年)一五〇頁。

(6) 「自招侵害に対する正当防衛」の問題について、その要件論から解決するのではなく、觀念論から解決することを主張するものとして、岡本昌子「我が国における自招侵害の議論の展開について」『同志社法学第五三卷三号(二〇〇二年)二九九頁以下が注目される。

(7) もっとも、「急迫性」の問題を、積極的加害意思という主觀的要素を取り込むことは、正当防衛状況という客觀的事情とは相容れないものであるため、混同が生ずる虞れがあろう(津田重憲「侵害の急迫性」三原憲三編著『ゼミナール刑法(総論)』(一九九八年)五三頁)。

(8) もっとも「急迫性」という時間的要素がまず第一に存在しなければ、正当防衛そのものの状況がないのである(大嶋一泰

- (9) 『刑法総論講義案(第二分冊)』(全訂改版) (二〇〇〇年) 一七二頁以下)。  
 例えは、木村亀二「阿部純二増補『刑法総論増補版』(一九八一年)二六一頁、福田平『刑法総論』(一九八四年)一五四頁、大塚仁『刑法概説(総論)』(一九八二年)三三八頁、津田重憲『正当防衛の研究』(一九八五年)二二三頁、野村稔『刑法総論補訂版』(二〇〇一年)二二二頁、山中敬一『刑法総論I』(一九九九年)四三四頁、川端博『刑法総論講義』(二〇〇一年)三四一頁、曾根威彦『刑法総論訂正版』(一九九三年)一〇八頁、佐久間修『刑法講義(総論)』(二〇〇〇年)二〇二頁など。
- (10) 大判昭和十一年二月七日刑集一五卷一五六頁、最判昭和四十六年十一月十六日刑集二五卷八号九六頁、最判昭和五〇年一月二六日刑集二九卷一〇号九八三頁など。
- (11) 正当防衛における「防衛の意思」の問題については、津田・前掲注(9)二二三頁以下を参照されたい。
- (12) 津田重憲・判例評論五三六号(二〇〇三年)二〇九頁。
- (13) 関連判例として、第一小決昭和五十二年七月二日刑集三二卷四号七四七頁、第二小判昭和五十九年一月三〇日刑集三八卷一  
 号一八五頁。
- (14) この点につき、川端・前掲注(9)三四二頁参照。
- (15) 津田重憲『緊急救助の研究』(一九九四年)一五四頁。
- (16) 津田・前掲注(7)五二—五三頁。
- (17) 中山研一『刑法総論』(一九八二年)二八一頁
- (18) もつとも、本判示の文言からは、「防衛の意思」の内容として、それが、防衛の意図・動機・目的なのか、あるいは「防衛の認識」であるのかは分明ではない。
- (19) この点につき、津田・前掲注(15)七三頁以下および、津田「いわゆる過剰防衛における『結果の重大性』について」三原憲三先生古稀祝賀論文集(二〇〇二年)三三七頁以下を参照されたい。
- (20) 海老原調査官によれば、「結果の大小」によって、刑法三六条二項にいう「防衛の程度を超えた行為」かどうかを判断するのは誤りである(海老原震一「最高裁判所判例解説・刑事篇・昭和四四年度」(一九六九年)四五七頁)とする。
- (21) ただし、判例の多くは、「相当性」の判断については、「全体として」あるいは「一体のものとして」という全体的な判断基準を用いており、本判決もその例に漏れない。同種の文言を用いたものとして、富山地判平成十一年一月二五日判タ一〇五〇号二七八頁がある(この紹介・批評として、津田重憲「判例研究」・東亜大学『研究論叢』第二六卷一号(二〇〇一年)六六頁)。

(22)

違法性および違法性阻却の面を「総合判断説」から捉えることについては、津田重憲『緊急救助の基本構造』（一九九八年）一四九頁以下を参照されたい。

(23)

すなわち、正当防衛・過剰防衛の認定においては、反撃行為の危険性と生じた結果とを「全体として」あるいは「一体のものとして」把握する「総合判断説」から理解することであり、これは、違法論における「行為無価値」と「結果無価値」という違法二元論から導きうる。ここから、本件は、正当防衛の成立が認められるべきものではなかったろうか。なお、津田・前掲注(19)『三原古稀』三三七頁以下。